

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 21 de mayo de 1985 *

En el asunto 248/83,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por su Consejero Jurídico, Sr. Manfred Beschel, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Jürgen Schwarze, Catedrático de la Universidad de Hamburgo, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georges Kremlis, miembro de su Servicio Jurídico, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

parte demandante,

contra

República Federal de Alemania, representada por el Sr. Martin Seidel, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Jochim Sedemund, Abogado de Colonia, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su Embajada,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al no proceder a una adaptación completa de su Derecho interno a la Directiva

* Lengua de procedimiento: alemán.

76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y a la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: A.J. Mackenzie Stuart, Presidente; G. Bosco, O. Due y C. Kakouris, Presidentes de Sala; P. Pescatore, T. Koopmans, U. Everling, K. Bahlmann e Y. Galmot, Jueces;

Abogado General: Sr. G.F. Mancini;
Secretario: Sr. P. Heim;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de febrero de 1985;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transmiten los antecedentes de hecho.)

Fundamentos de Derecho

- 1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de noviembre de 1983, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, con el fin de que se

declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al no proceder a una adaptación completa de su Derecho interno a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y a la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

Sobre el objeto y el marco jurídico del recurso

- 2 De los autos y, más especialmente, del escrito de requerimiento de 15 de enero de 1982 y del dictamen motivado de 29 de octubre de 1982, se deduce que la Comisión inició el procedimiento del artículo 169 a consecuencia de la puesta en vigor, en la República Federal de Alemania, de la Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz (Ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el puesto de trabajo), de 13 de agosto de 1980 (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz; BGBl. I, 1980, p. 1308). Dicha Ley tiene por objeto, en particular, la introducción de una serie de nuevos artículos en el Código Civil alemán, en el Libro 2, Título 6, consagrado a los contratos de arrendamiento de servicios. El artículo 611 *bis* prohíbe al empresario tratar desfavorablemente a un trabajador por razón de su sexo, al concertar un contrato de trabajo, en la promoción profesional o en el despido. No obstante, el mismo artículo dispone que puede dispensarse lícitamente un trato distinto cuando el sexo constituye un requisito determinante de una actividad profesional. El artículo 611 *ter* establece que el empresario no debe publicar ofertas de empleo dirigidas únicamente a los hombres o a las mujeres, salvo cuando el sexo constituya un requisito determinante de la actividad de que se trate. El artículo 612 fue completado por un nuevo apartado, conforme al cual ningún contrato de trabajo puede establecer una retribución desigual por razón del sexo, entre personas de sexo diferente, por un trabajo idéntico o similar.

- 3 De los autos se deduce que la Comisión reprocha fundamentalmente a la República Federal de Alemania haber limitado las medidas adoptadas para la adaptación del Derecho interno a las Directivas citadas, a las relaciones de trabajo regidas por el Derecho privado y, además, no haber proporcionado suficiente eficacia jurídica a una disposición determinada de la citada Ley.
- 4 En este marco la Comisión formuló frente a la República Federal de Alemania cinco imputaciones que pueden resumirse de la siguiente forma:
 - 1) Falta de adaptación en forma adecuada del Derecho interno a la Directiva 76/207, respecto a las relaciones de trabajo en el servicio público.
 - 2) Falta de adaptación en forma adecuada del Derecho interno a la Directiva 76/207 por lo que se refiere al estatuto de las profesiones independientes.
 - 3) Falta de adaptación en forma adecuada del Derecho interno a las disposiciones que establecen excepciones a las que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207.
 - 4) Falta de cumplimiento pleno de la Directiva 76/207 al adoptar las normas relativas a las ofertas de empleo en el artículo 611 *ter* del Código Civil.
 - 5) Falta de adaptación en forma adecuada del Derecho interno a la Directiva 75/117 por lo que se refiere a las retribuciones en el servicio público.

Procede señalar que, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, ↔ Rec. p. 3047), la Comisión retiró una sexta imputación, relativa al permiso por maternidad establecido por el artículo 8 *ter* de la Mutterschutzgesetz (Ley alemana relativa a la protección de la maternidad).

- 5 Con objeto de determinar de forma más precisa la naturaleza de las obligaciones cuyo incumplimiento se reprocha a la República Federal de Alemania, procede recordar el objeto y el sistema general de las dos Directivas sobre las cuales se basa la Comisión para interponer su recurso, en la medida en que estas disposiciones guardan relación con el litigio.

- 6 La Directiva 75/117 define, en su artículo 1, el alcance del «principio de igualdad de retribución», precisando que este principio implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya el mismo valor, la eliminación, en todos los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón del sexo. El artículo 2 impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico interno, «las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional». Esta disposición está reforzada por el artículo 6, a tenor del cual los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución.
- 7 La Directiva 76/207 está estructurada siguiendo el mismo sistema que la Directiva 75/117. El artículo 1 en relación con el apartado 1 del artículo 2 define el alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el sentido de que dicho principio implica «la ausencia de toda discriminación por razón del sexo, bien sea directa o indirectamente» en materia de acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional. A tenor del apartado 2 del artículo 2 la Directiva no obsta la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales «el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio». Según el apartado 3 del mismo artículo, la Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Procede señalar que el alcance de esta última disposición fue precisada, en varios aspectos, por la citada sentencia de 12 de julio de 1984.
- 8 Para aplicar el principio de igualdad la Directiva impone a los Estados miembros dos clases de obligaciones. Los artículos 3, 4 y 5 obligan a los Estados miembros a suprimir cualquier forma de discriminación, tanto en sus disposiciones legales como en sus prácticas administrativas, y a crear los instrumentos legislativos necesarios para garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo así como en los estatutos de las profesiones independientes.
- 9 El artículo 6 obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se

considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

- 10 Procede recordar que, en su sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, ↔ Rec. p. 1891), apartados 22 y 23, el Tribunal de Justicia, interpretando la Directiva 76/207, subrayó a este respecto que «sin un sistema de sanciones adecuado no puede hacerse efectiva la igualdad de oportunidades. Esta consecuencia resulta no sólo de la misma finalidad de la Directiva, sino más especialmente de su artículo 6, que, al abrir la vía del recurso jurisdiccional a los candidatos a un empleo que hayan sido objeto de discriminación, reconoce que a éstos les corresponden derechos que pueden ser alegados ante los Tribunales. Aunque [...] una ejecución completa de la Directiva no impone una determinada forma de sanción, en caso de que se viole la prohibición de discriminación, implica, no obstante, que dicha sanción pueda garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz [...]»
- 11 Procede examinar las cinco imputaciones formuladas por la Comisión a la luz de estas consideraciones.

Sobre la imputación relativa a la no aplicación del principio de igualdad de trato a la Función Pública

- 12 De los autos se deduce que la República Federal de Alemania inicialmente había negado que la Directiva 76/207 fuera aplicable a la Función Pública («öffentlicher Dienst»). Por consiguiente, en su recurso la Comisión abordó esta cuestión con carácter preliminar. En su opinión la Directiva 76/207 tiene un alcance general, como expresa más en particular el apartado 1 del artículo 3, que se refiere al acceso «a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad». Por tanto, dado que las relaciones de trabajo en el sector público forman parte del ámbito de aplicación de la Directiva, la República Federal de Alemania ha omitido adoptar disposiciones legislativas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en este ámbito. La Comisión reconoce que el mismo principio está contenido en la Grundgesetz alemana, pero considera que estas deben concretizarse y desarrollarse, en la esfera de la legislación ordinaria, para ser efectivas en la práctica. Una legislación de estas características es la única que puede crear, a este respecto, los requisitos «de claridad y de certeza de las situaciones

jurídicas» exigidas para la correcta ejecución de la Directiva, como ha confirmado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica (102/79, [↔] Rec. p. 1473), apartado 11. Además, la Comisión señala que las disposiciones constitucionales citadas sólo garantizan la igualdad de acceso y de trato, en el servicio público, a los hombres y a las mujeres a reserva de la «aptitud» de los candidatos, lo que permitía volver a introducir requisitos relativos al sexo de las personas. La misma observación se aplica a la legislación relativa a la Función Pública. Por tanto, para la Función Pública se podrían haber adoptado disposiciones análogas a las de la Ley de 13 de agosto de 1980.

- 13 En su escrito de contestación, la República Federal de Alemania se remite a las reservas formuladas por ella en lo que se refiere a la aplicabilidad de la Directiva 76/207 a la Función Pública. No obstante, de sus posteriores alegaciones, formuladas en el escrito de dúplica y en la vista, se deduce que, finalmente no ha mantenido estas reservas. En cuanto al fondo del problema, la República Federal de Alemania alega que tanto la Grundgesetz como la normativa relativa a la Función Pública garantizan de modo formal la igualdad de acceso y de trato de hombres y mujeres en el ámbito del servicio público. Así, a tenor de los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Grundgesetz:

«2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos.

3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo [...]

Respecto a la Función Pública, el apartado 2 del artículo 33 de la Grundgesetz dispone, además, lo siguiente:

«Todos los alemanes tienen el mismo derecho, según su aptitud, capacidad y méritos, a acceder a los cargos públicos.»

Conforme al apartado 3 del artículo 1 de la Grundgesetz:

«Los derechos fundamentales definidos a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y al poder judicial como Derecho directamente aplicable.»

- 14 Además, a tenor del artículo 7 de la Beamtenrechtsrahmengesetz (Ley marco de la Función Pública), de 1 de julio de 1957 (BGBl. I, p. 667, en la versión de 3 de enero de 1977; BGBl. I, p. 21):

«Los nombramientos deberán efectuarse en función de las aptitudes, capacidades y méritos, sin distinción por razón del sexo [...]»

El artículo 8 de la Bundesbeamtengesetz (Ley federal relativa a la Función Pública) de 14 de julio de 1953 (BGBl. I, p. 551, en su versión de 3 de enero de 1977; BGBl. I, p. 1), está redactado en los siguientes términos:

«Mediante el anuncio de ofertas de empleos se invitará a presentar candidaturas. La selección de los candidatos se efectuará en función de las aptitudes, capacidades y méritos, sin distinción por razón del sexo [...]»

- 15 Todas estas disposiciones definen derechos conferidos directamente a los particulares y, en caso de lesión, permiten ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, es superflua la adopción de disposiciones legislativas, con arreglo a la Directiva 76/207, tanto más cuanto que tal legislación sólo habría servido para repetir los principios ya consagrados por la Grundgesetz y la legislación relativa a la Función Pública. A este respecto, la situación de las relaciones laborales en el servicio público es distinta de la de las relaciones laborales reguladas por el Derecho privado puesto que subsiste una incertidumbre, por lo que se refiere a estas últimas, sobre si las disposiciones constitucionales relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres pueden originar directamente derechos entre particulares («Drittwirkung»). Con objeto de eliminar esta incertidumbre las autoridades competentes reconocieron la necesidad de adoptar las medidas que constituyen el objeto de la Ley de 13 de agosto de 1980.
- 16 Habida cuenta de la objeción formulada inicialmente por la República Federal de Alemania, procede señalar que la Directiva 76/207, al igual, por otra parte, que la Directiva 75/117, se aplica a las relaciones de empleo en el servicio público. Estas Directivas, del mismo modo que el artículo 119 del Tratado, tienen un alcance general, inherente a la naturaleza misma del principio que definen; en efecto, no se pueden introducir nuevas discriminaciones exceptuando a determinados grupos de la aplicación de disposiciones

destinadas a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en toda la vida profesional.

- 17 Respecto al fondo del problema, procede hacer constar, en primer lugar, que la Comisión no ha probado y, ni siquiera intentado probar, la existencia de discriminaciones por razón del sexo, de derecho o de hecho, en la Función Pública de la República Federal de Alemania. La Comisión ha examinado el problema exclusivamente sobre el plano de los principios, planteando la cuestión de si las disposiciones constitucionales y legislativas indicadas por la República Federal de Alemania constituyen una garantía adecuada frente a las posibles discriminaciones y si, con arreglo a la Directiva 76/207, habrían sido necesarias disposiciones legislativas suplementarias.
- 18 A este respecto procede señalar que la afirmación explícita en la Grundgesetz relativa a la igualdad de derechos de hombres y mujeres, al igual que la exclusión expresa de cualquier discriminación por razón del sexo y la afirmación de la igualdad de derecho de acceso a los empleos en la Función Pública de todos los nacionales alemanes, términos destinados a tener aplicación directa, combinados con la existencia de un sistema de tutela jurisdiccional, que engloba la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional, constituyen una garantía adecuada para aplicar, en el ámbito de la Administración Pública, el principio de igualdad de trato enunciado por la Directiva 76/207. Las mismas garantías aparecen en la legislación relativa a la Función Pública, en la que se prevé expresamente que el acceso a los empleos de servicio público se realizará siguiendo criterios objetivos, sin distinción de sexo.
- 19 De lo antedicho resulta que el objetivo perseguido por la Directiva 76/207 ya se había alcanzado en la República Federal de Alemania, por lo que a los empleos en el servicio público se refiere, en el momento de entrada en vigor de la Directiva, de manera que la ejecución de ésta no requería nuevas disposiciones legislativas.
- 20 No obstante, la Comisión destaca que tanto el apartado 2 del artículo 33 de la Grundgesetz como las leyes relativas a los empleos en el servicio público supeditan el acceso a estos empleos a la «aptitud» de los candidatos, lo que permite volver a introducir discriminaciones por razón del sexo. A este respecto, el Gobierno de la República Federal de Alemania alega que la

referencia a la aptitud constituye un criterio objetivo de selección y que el principio de no discriminación por razón del sexo rige también al aplicar ese criterio.

- 21 A este respecto procede subrayar, en primer lugar, que el criterio de la aptitud para el ejercicio de las funciones públicas, tal y como lo utiliza la Grundgesetz y el Derecho positivo de la República Federal de Alemania, habida cuenta de la gran cantidad de funciones desempeñadas por la Administración Pública, se refiere a un gran número de criterios de apreciación, que no guardan relación con la cuestión del sexo de las personas. Por tanto, nada se puede objetar, en principio, a que por parte de la Grundgesetz y de la legislación alemana se utilice este concepto.
- 22 Por consiguiente, la cuestión que debe aclararse se refiere exclusivamente al extremo de si el criterio de la aptitud, que es en sí un criterio objetivo, se ha aplicado en la práctica de manera que haya dado lugar a nombramientos en el servicio público basados en discriminaciones por razón del sexo. Correspondía a la Comisión demostrar que en la Administración alemana se ha seguido dicha práctica; sin embargo, no ha probado que haya sucedido así.
- 23 De lo antedicho resulta que procede desestimar la primera imputación.

Sobre la imputación de no aplicación del principio de igualdad al estatuto de las profesiones independientes

- 24 Por razones análogas a las expuestas respecto a los empleos en el servicio público, la Comisión considera que la República Federal de Alemania debía haber adoptado, en aras de la certeza y a la claridad de las situaciones jurídicas, disposiciones legislativas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato formulado por la Directiva 76/207 en relación con el acceso a las profesiones independientes, tanto más cuanto que los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva se refieren expresamente a los estatutos de estas profesiones. En opinión de la Comisión, la mera aplicación de las disposiciones de la Grundgesetz no crea seguridad jurídica suficiente en el ámbito de las profesiones de que se trata. En estas circunstancias, es incomprensible que la legislación adoptada en ejecución de la Directiva se haya limitado a relaciones de trabajo y no se haya extendido a las actividades

independientes. Como ejemplo de una discriminación en el ámbito de las profesiones de que se trata, la Comisión menciona la profesión de comadrona, que aún no se ha hecho plenamente accesible a las personas de sexo masculino.

- 25 La República Federal de Alemania replica a esta imputación que las disposiciones pertinentes de la Grundgesetz también constituyen una garantía adecuada contra las discriminaciones por razón del sexo en el ámbito de las profesiones independientes. Además de las disposiciones generales ya citadas, relativas a la igualdad de derechos de hombres y mujeres y a la eliminación de las discriminaciones por razón del sexo, el Gobierno alemán recuerda el párrafo primero del artículo 12 de la Grundgesetz, que dispone lo siguiente:

«Todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y su lugar de formación.»

- 26 Según el Gobierno alemán, las disposiciones constitucionales pertinentes tienen aplicabilidad directa en esta materia, debido a que, en la medida en que el acceso a una profesión independiente es objeto de un procedimiento de admisión, esta admisión tiene el carácter de un acto administrativo adoptado por una corporación de Derecho público. De ello resulta que el principio formulado por el apartado 3 del artículo 1 de la Grundgesetz se extiende sin excepción a los estatutos de las distintas profesiones independientes, conforme a las exigencias de la Directiva. El examen individual de los estatutos de las distintas profesiones de que se trata muestra que, en la República Federal de Alemania, no existen disposiciones que se encuentren en conflicto con los requisitos exigidos por la Directiva. Por consiguiente, continúa el Gobierno alemán, la admisión a todas las profesiones independientes está abierta a las personas de ambos sexos, siempre que estén en posesión de la capacitación profesional requeridas.

- 27 En cuanto a la profesión de comadrona, en particular, el Gobierno alemán expone que el acceso a la formación correspondiente está abierto a los hombres a partir del 1 de enero de 1983 por efecto de la Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Hebammen (normativa relativa a la formación de comadronas), de 3 de septiembre de 1981 (BGBl. I, p. 923). Como consecuencia de ello se está elaborando una modificación de la Hebammengesetz (Ley relativa al ejercicio de la profesión de comadrona), de 21 de diciembre de 1938 (BGBl. I, p. 1893). Esta actuación de las autoridades

alemanas se corresponde íntegramente con lo que el Tribunal de Justicia declaró compatible con la Directiva en su sentencia de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec. p. 3431).

- 28 Procede señalar que, en el transcurso del procedimiento, la Comisión manifestó que no insistía sobre la cuestión de las comadronas y que este caso, citado solamente a guisa de ejemplo, no era, en realidad, objeto del recurso.
- 29 Habida cuenta de esta precisión, se debe destacar que, al igual que sobre la primera imputación, la Comisión no ha proporcionado ningún indicio que permita suponer existencia de discriminaciones efectivas en el estatuto de las profesiones independientes en la República Federal de Alemania. El recurso se ha interpuesto a este respecto por razones de principio, como respecto al punto anterior, puesto que la Comisión mantenía el criterio de que la situación jurídica existente no ofrece la certeza y la claridad jurídicas suficientes para ser considerada conforme con las exigencias de la Directiva.
- 30 Por las razones ya expuestas a propósito de la primera imputación, este elemento del recurso tampoco está fundado. En efecto, habida cuenta de las garantías que se desprenden de la Grundgesetz y del sistema de recursos jurisdiccionales existente por lo que se refiere al libre acceso de todos los nacionales alemanes a las profesiones independientes, con la única reserva de que tengan la capacitación objetivamente determinada, sin hacer referencia alguna al sexo, procede señalar que, en el momento de la entrada en vigor de la Directiva 76/207, en la República Federal de Alemania se había alcanzado el objetivo de dicha Directiva, por lo que se refiere al estatuto de las profesiones independientes, de manera que su ejecución no exigía nuevas medidas legislativas.
- 31 Por consiguiente, también procede desestimar esta imputación.

Sobre la imputación de la falta de una definición del ámbito de aplicación de las excepciones del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207

- 32 En tercer lugar, la Comisión reprocha a la República Federal de Alemania no haber ejecutado las disposiciones del apartado 2 del artículo 2 y del apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 76/207 relativas a las actividades profesionales

que pueden excluirse del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato por razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. Del recurso no se deduce claramente si la Comisión exige que estas excepciones se fijen legalmente o que se elabore una lista o un catálogo de ellas por otros medios. En cualquier caso la Comisión considera que la disposición incluida en el artículo 611 *bis* del Código Civil, que permite establecer excepciones al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye un requisito de determinadas actividades profesionales, es insuficiente, puesto que no contiene un catálogo preciso de las excepciones admitidas. Además, se critica a la República Federal de Alemania no haber creado una base suficiente para permitir a la Comisión ejercer el control al que le faculta el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 76/207. La Comisión señala que un estudio de Derecho comparado muestra que en la mayoría de los demás Estados miembros las excepciones que consideran justificadas con arreglo al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva han sido fijadas mediante normas.

- 33 En su defensa la República Federal de Alemania alega que el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207 no contiene ninguna indicación que permita afirmar que los Estados miembros están obligados a determinar de modo taxativo, por vía legislativa, las excepciones admitidas por esta disposición. Considera que la disposición insertada a este respecto en el artículo 611 *bis* del Código Civil responde plenamente a las exigencias de la Directiva. La existencia de una lista determinada legalmente no es un requisito del ejercicio, por parte de la Comisión, de su derecho de control. Además, la exigencia formulada por la Comisión no es factible, puesto que las actividades profesionales exceptuadas del principio de igualdad de trato en virtud del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva resultan, en gran parte, prohibiciones concretas de acceso a empleos, establecidas en aras de la protección en relación con la naturaleza de la actividad ejercida, de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo. Por último, la República Federal de Alemania duda de las afirmaciones de la Comisión relativas a la puesta en práctica de la Directiva por parte de otros Estados miembros, tanto más cuanto que no se conoce con certeza si las disposiciones adoptadas por estos Estados se basan en la ejecución de una obligación jurídica o si han sido dictadas en el marco de la libertad de apreciación de estos Estados.

- 34 Con objeto de aclarar este extremo controvertido, el Tribunal de Justicia pidió a la Comisión que le presentara el resumen de los resultados de su

investigación relativa al cumplimiento del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207 por parte de los distintos Estados miembros y le indicara si, basándose en estas informaciones, había podido determinar una lista de actividades profesionales exceptuadas por la citada disposición válida para toda la Comunidad. La Comisión no respondió a esta última cuestión. Respecto a las indicaciones formuladas relativas a la práctica de los Estados miembros, de ellas se deduce que, aunque las leyes y prácticas de los diversos Estados coinciden en algunas profesiones muy determinadas (como cantantes masculinos y femeninos, actores y actrices, bailarines y bailarinas, modelos artísticos, maniqués), los Estados mantienen otras excepciones muy diversas, basadas en consideraciones de carácter social, moral o, en algunos casos, religiosos; que una parte considerable de estas excepciones se fundan en consideraciones conexas con la protección física y moral de la mujer; finalmente, que muchas excepciones están relacionadas con el servicio militar y con la organización de la policía y de servicios similares. La base jurídica de las excepciones también es diversa, en la medida en que algunos casos obedecen a usos espontáneos y no escritos, en otros a disposiciones legislativas o reglamentarias y, finalmente, en otros a convenios internacionales. Por último, se ha puesto de manifiesto que las legislaciones de algunos Estados miembros se limitan a establecer cláusulas generales similares al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207. La Comisión ha manifestado su intención de interponer recursos por incumplimiento contra varios Estados miembros.

- 35 Para apreciar el alcance y la justificación de la imputación formulada por la Comisión, procede recordar, en primer lugar, las disposiciones pertinentes de la Directiva 76/207. A tenor del apartado 2 del artículo 2,

«La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.»

Según el apartado 3 del mismo artículo,

«La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.»

El apartado 2 del artículo 9 dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen.»

- 36 A este respecto procede señalar, en primer lugar, que el apartado 2 del artículo 2 no tiene por objeto imponer una obligación a los Estados miembros, sino reservarles la facultad de excluir determinadas actividades profesionales del ámbito de aplicación de la Directiva. Esta disposición no tiene por objeto ni como efecto imponer a los Estados miembros una forma determinada de ejercer esta facultad de establecer excepciones, tanto más, como resulta del estudio de Derecho comparado presentado por la Comisión, cuanto que las excepciones de que se trata obedecen a motivos muy distintos y que varias de ellas están estrechamente vinculadas a normativas que regulan determinadas profesiones o actividades.
- 37 Por el contrario, se suscita la cuestión de cuáles son las obligaciones que se derivan para los Estados miembros del apartado 2 del artículo 9 de la Directiva. Esta disposición establece dos fases de control: un examen periódico, efectuado por los propios Estados miembros, de la justificación de las excepciones al principio de igualdad de trato, y un control de la Comisión, basado en la comunicación del resultado de tal examen. Este doble control debe servir para eliminar gradualmente las excepciones existentes que ya no estén justificadas con arreglo a los criterios del apartado 2 del artículo 2, en relación, eventualmente, con el apartado 3 del mismo artículo.
- 38 De estas disposiciones se deduce que corresponde, en primer lugar, a los Estados miembros determinar, completamente y de una manera que permita su control, con independencia de cual sea su naturaleza, las profesiones y actividades exceptuadas de la aplicación del principio de igualdad de trato y comunicar su resultado a la Comisión. Por su parte, la Comisión tiene el derecho y la obligación, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 155 del Tratado, de adoptar las medidas necesarias con objeto de verificar la aplicación de esta disposición de la Directiva.

- 39 Durante el procedimiento ha quedado comprobado que, tras la entrada en vigor de la Directiva, la República Federal de Alemania nunca ha adoptado las medidas necesarias para crear siquiera un mínimo de transparencia por lo que se refiere a la aplicación de los apartados 2 o 3 del artículo 2 y al apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 76/207. De esta forma ha impedido el ejercicio de un control adecuado por parte de la Comisión y ha dificultado la defensa de sus derechos a las personas eventualmente perjudicadas por medidas discriminatorias.
- 40 Por consiguiente, procede afirmar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado al no haber adoptado las medidas necesarias para la aplicación del apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 76/207, por lo que se refiere a las actividades profesionales excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato en virtud del apartado 2 del artículo 2 de la misma Directiva.

Sobre la imputación de falta de eficacia jurídica de las disposiciones relativas a las ofertas de empleo

- 41 Este motivo se refiere al artículo 611 *bis* del Código Civil, conforme al cual el empresario no debe publicar ofertas de empleo que no sean «neutras» desde el punto de vista del sexo de los trabajadores. La Comisión considera que las ofertas de empleo están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, puesto que constituyen el paso previo al acceso al empleo. La Comisión reprocha a la República Federal de Alemania no haber dotado al artículo 611 *ter* carácter imperativo. Considera que la disposición controvertida, carente de eficacia jurídica, no responde a las exigencias del artículo 6 de la Directiva, conforme al cual las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato deben poder invocar sus derechos por vía jurisdiccional.
- 42 En su defensa, la República Federal de Alemania alega, a este respecto, que las ofertas de empleo en sí, por constituir únicamente un paso previo al acceso al empleo, no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. A este respecto subraya que la Directiva no menciona las ofertas de empleo en ninguna de sus disposiciones. La Directiva contempla la materia únicamente a partir de la fase del acceso al empleo, momento a partir del cual se imponen

obligaciones a los Estados miembros y los solicitantes de empleo pueden hacer valer un derecho subjetivo a la igualdad de trato. Por consiguiente, no se puede reprochar a la República Federal de Alemania haber dado a lo dispuesto en el artículo 611 *bis* del Código Civil el carácter de una norma no imperativa.

- 43 Por lo que a esta alegación se refiere, procede señalar, en primer lugar, que la materia de las ofertas de empleo no se puede excluir *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, en la medida en que estas ofertas están estrechamente vinculadas con el acceso al empleo y pueden producir un efecto restrictivo de este acceso. Pero también se debe reconocer que la Directiva no crea ninguna obligación a cargo de los Estados miembros, de introducir una legislación de alcance general relativa a las ofertas de empleo, tanto más cuanto que esta cuestión está estrechamente relacionada, a su vez, con la de las excepciones permitidas por el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, habida cuenta de que es de suponer que la plena aplicación del apartado 2 del artículo 9 producirá el efecto de crear la transparencia necesaria también en el ámbito de las ofertas de empleo.
- 44 De ello resulta que no puede considerarse que el artículo 611 *bis* del Código Civil alemán constituya la ejecución de una obligación impuesta por la Directiva 76/207, sino que esta disposición constituye una acción legislativa autónoma adoptada para la aplicación del principio de igualdad de trato.
- 45 Por consiguiente, procede desestimar esta imputación.

Sobre la imputación de no adaptación del Derecho interno a la Directiva 75/117 en materia de retribuciones en el servicio público

- 46 Por último, la Comisión alega que la República Federal de Alemania omitió adaptar el Derecho de la Función Pública a lo dispuesto en la Directiva 75/117 en lo que respecta a la igualdad de retribuciones para los funcionarios y las funcionarias. Por tanto la Comisión entiende que, en esta materia, falta también, en la República Federal de Alemania, la claridad jurídica indispensable para la aplicación eficaz de la Directiva.
- 47 El Gobierno de la República Federal de Alemania ha unido su defensa a este respecto a la que ha formulado frente a la primera imputación. Por lo que se

refiere en particular a este extremo, aduce que las retribuciones de los funcionarios y de los jueces se determinan en función de los cargos y de los grados retributivos, con exclusión de cualquier referencia al sexo de los titulares.

- 48 Procede acoger esta alegación de la República Federal de Alemania. La Comisión no ha podido proporcionar el mínimo indicio de una discriminación por razón del sexo en el sistema de retribuciones de los funcionarios públicos en la República Federal de Alemania, puesto que, como ha señalado acertadamente el Gobierno demandado, las retribuciones se fijan exclusivamente en función de los cargos y de los grados retributivos, sin referencia alguna al sexo de los titulares.
- 49 Por consiguiente a este respecto resulta que, en el momento en que entró en vigor la Directiva 75/117, ya se había alcanzado en la República Federal de Alemania el objetivo perseguido por ésta, de manera que la adaptación del Derecho interno a la misma no exigía la adopción de ninguna medida particular de adaptación.
- 50 Por consiguiente, también procede desestimar esta imputación.
- 51 De lo anterior resulta que procede desestimar el recurso de la Comisión por lo que se refiere a las imputaciones primera, segunda, cuarta y quinta, pero procede declarar la existencia de un incumplimiento por lo que se refiere a la tercera imputación.

Costas

- 52 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimada la parte fundamental de los motivos formulados por la Comisión, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) **Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE al no haber adoptado las medidas necesarias para la aplicación del apartado 2 del artículo 9 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, respecto a las actividades profesionales excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato en virtud del apartado 2 del artículo 2 de la misma Directiva.**
- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) **Condenar en costas a la Comisión.**

Mackenzie Stuart

Bosco

Due

Kakouris

Pescatore

Koopmans

Everling

Bahlmann

Galmot

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de mayo de 1985.

El Secretario
P. Heim

El Presidente
A.J. Mackenzie Stuart